



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

www.derecho.unam.mx



KUMMEROW, Gert, *Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos*, "Colección *Justitia et Jus*, Investigación", número 4, Universidad de los Andes, Centro de Jurisprudencia, Facultad de Derecho, Mérida, Venezuela.

El trabajo que desarrolla el profesor Kummerow plantea la cuestión de los trasplantes de órganos humanos, desde el doble punto de vista del estado actual de la legislación sobre la materia, particularmente en Venezuela, y con miras a proponer las bases generales en que ha de descansar una futura legislación sobre trasplantes de órganos humanos.

El autor hace preceder su indagación, de una introducción en la que después de afirmar que el problema de los trasplantes de órganos se ha planteado a los juristas de tiempo atrás, con motivo de las operaciones de transfusión de sangre y trasplantes de riñón, córnea y glándulas sexuales, que ha venido practicando la medicina desde hace varias décadas; recientemente la cuestión se ha planteado nuevamente por los avances de la ciencia médica, pero ahora cambiando radicalmente algunos puntos básicos del problema.

Las cuestiones relativas al derecho sobre la integridad física de la persona, y la facultad para celebrar válidamente actos negociales sobre el propio cuerpo o sobre partes del mismo, se ha visto interferida para hallar adecuada solución en el Derecho

positivo, por la influencia de argumentos extrajurídicos; aun cuando en el Derecho Comparado se apuntan soluciones de interés, que por necesidad inaplazable revelan el propósito del hombre moderno de superar aquellas objeciones.

En el apartado segundo de su estudio, el autor apunta que en el Derecho positivo venezolano, por lo que atañe a la protección integral a la personalidad, no existe sino el precepto constitucional de aquel país, que garantiza la vida privada y que en esa hermana república se percibe el vacío de una legislación específica sobre la protección de la personalidad en todas sus facetas, física, intelectual y moral. Desde el punto de vista del Derecho Comparado, en Venezuela no existe disposición alguna en esta materia semejante a la que contiene el Código Civil de Etiopía, el Código Civil italiano, el Código Civil suizo y el anteproyecto mexicano del licenciado Aguilar y Gutiérrez, en los cuales, de manera expresa, se impone un deber de respeto a la personalidad del hombre en sus relaciones y circunstancias personales, que va muy más allá, a la protección a la integridad física y a los bienes incorporales de la persona (artículo 49 del Código Federal suizo de las obligaciones).

En el apartado segundo se analizan los postulados en que descansa la protección a los derechos de la personalidad, considerando dichos derechos dentro de la categoría de los bienes inherentes a la persona humana, que requieren una protección jurídica, en la misma manera que los derechos patrimoniales y los derechos de familia. Los tres se encuentran así colocados dentro de los objetos del Derecho y se les distingue claramente de la persona misma que es sujeto de derecho.

Los derechos de la personalidad son absolutos, imprescriptibles, extrapatrimoniales y, así, se puede afirmar válidamente que el cuerpo humano no es objeto del derecho de propiedad, y por lo mismo sobre él no se puede ejercer coacción para la ejecución forzada de las obligaciones contraídas por la persona. Ello no quiere decir, sin embargo, que el cuerpo del hombre, como una "cosa", puede ser marginado absolutamente como objeto de derechos.

Aborda el autor en seguida el problema de cuáles son los actos de disposición que puede realizar una persona sobre su propio cuerpo, ya se trate de partes separadas del mismo, aspecto en el cual el problema no presenta graves dificultades, o de porciones que no han sido separadas del cuerpo mismo.

Y en este sentido el autor, siguiendo los principios del Código Civil italiano y del Código Civil de Etiopía, afirma que no todos los actos de disposición que realice una persona sobre partes u órganos de su propio cuerpo, deben considerarse prohibidos, sólo deben estar vedados aquellos actos de disposición de órganos del propio cuerpo, cuando con ellos se produce: a) Una disminución permanente de la integridad física, o b) Cuando sean contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

De esta manera, la validez y consiguiente licitud de los contratos sobre partes del cuerpo humano, toca los linderos de la causa, porque a pesar de que no disminuyan la integridad física de una persona, deben prohibirse aquellos que se inspiran en motivos o buscan fines inmorales, contrarios a las buenas costumbres o al orden público. En este respecto, no puede considerarse lícito al acto contractual de disposición que tenga como único fin experimentar nuevas técnicas, al margen de todo intento terapéutico.

Por lo demás, en todo caso es necesario, como requisito de validez del convenio, que el sujeto convenga en la separación de algún órgano de su propio cuerpo, aun cuando se trate de realizar por medio de esas operaciones con fines terapéuticos.

El sujeto donante debe tener conciencia de las consecuencias y de los riesgos a que se encuentra expuesto por la ejecución del contrato de que se trata y al mismo tiempo el beneficiario; en el caso de trasplantes debe convenir en que se realice la operación en su propio cuerpo, conociendo los riesgos del denominado "rechazo". En todo caso el consentimiento libre y consciente del dador y del receptor operan como requisito indispensable para eliminar la responsabilidad del médico. El consentimiento en todo caso es revocable.

Se estudia también el problema de la permisón o legitimidad de los contratos a título oneroso, frente a la disposición de la ley italiana de 26 de junio de 1967, que sólo autoriza la validez de esta clase de actos dispositivos, en relación con trasplantes del riñón entre personas vivientes, cuando se realizan a título gratuito.

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil en que incurra el médico que realice la operación del trasplante, la obligación de indemnizar descansa en la culpa del facultativo, que es de naturaleza contractual y extracontractual a la vez, si incurre en negligencia o imprudencia inexcusables, es decir, que presta la culpa leve *in abstracto*, por no haber observado aquella conducta que un médico prudente, colocado en las mismas circunstancias, habría realizado. Se estudia asimismo el problema desde el punto de vista del Código Penal italiano en presencia del consentimiento otorgado por el derechohabiente, del estado de necesidad y de la causa que da lugar a la operación para realizar un fin curativo, hipótesis en la cual queda excluida toda acción punible, de acuerdo con el artículo 50 del Código Penal italiano y del artículo 65 del Código Penal venezolano, que excluyen la responsabilidad penal como el acto lesivo, que se realizó en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo sin traspasar los límites legales.

En la parte final de su trabajo, el profesor Kummerow estudia el aspecto jurídico del trasplante de órganos tomados del cadáver, en consideración al poder de disposición del propio cadáver y del cadáver de otros hombres. Este problema es considerado en estrecha relación con la comercialidad o inercialidad del cadáver o de partes del mismo, concluyendo por afirmar que en el estado actual de la doctrina el cadáver, por su propia naturaleza, está al margen del patrimonio hereditario. Es indiscutible que en la doctrina moderna no se niega a una persona el poder de disponer en vida de su propio cadáver con fines científicos o terapéuticos, y que dicha declaración de voluntad es vinculatoria para sus deudos.

Estos últimos, en ausencia de la voluntad del difunto, están legítimamente autorizados para disponer el destino de los restos mortales.

Cita el artículo primero de la ley italiana de 31 de abril de 1957, que autoriza el retiro de partes del cadáver con fines terapéuticos, si la persona lo ha dispuesto así sobre su propio cuerpo. A falta de disposición, la autorización correspondiente compete al cónyuge superviviente, y a falta de éste, a los parientes del difunto dentro del segundo grado.

En esta manera, al concluir su trabajo, el autor se enfrenta al problema de la determinación del momento de la muerte real. Después de reconocer que de acuerdo con el Derecho positivo venezolano, la realidad de la muerte queda liberada a reglas que corresponden a una época en que tal constatación no suscitaba mayores dificultades técnicas, reconoce que hoy en día, por razones del trasplante de órganos, se requiere un mayor rigor en la determinación del momento en que la vida se extingue, o cuando menos en la descripción del proceso biológico de la muerte, aceptando que el diagnóstico es todavía impreciso.

El problema se presenta con caracteres muy graves, frente a las operaciones médicas de trasplantes de órganos, en virtud de que tratándose del corazón humano, para trasplantarlo en el cuerpo de otra persona, se exige de acuerdo con la ciencia médica, la extracción en el momento posterior que sea más próximo a la muerte, en cuanto ello sea posible. Por lo tanto es imprescindible determinar el momento mismo de la muerte.

Al efecto, en un simposio médico celebrado en Edimburgo en 1966, se determinó que los signos característicos de la muerte son los siguientes: *a)* Ausencia de reflejos; *b)* Cinco minutos de silencio respiratorio; *c)* Caída de la presión sanguínea; *d)* Interrupción del riego sanguíneo del cerebro; *e)* Carencia de impulsos cerebrales registrados por el electroencefalógrafo (trazado recto).

Estos datos, en ausencia de una definición legal de la muerte, son elementos que el jurista debe tomar en cuenta en una futura ley que eventualmente haya de promulgarse sobre trasplantes de órganos en seres humanos.

Las conclusiones del trabajo del profesor Kummerow señalan: 1. La legislación venezolana contrasta con las soluciones propuestas en otros países; 2. Una futura reforma debe partir del requisito indispensable del consentimiento del derechohabiente para que tenga lugar el trasplante; 3. Se propone señalar a qué instituciones científicas queda competida la práctica de las operaciones de trasplantes; 4. Una ley especial deberá señalar los requisitos de validez de aquellas autorizaciones para que se realicen los trasplantes; 5. Deberá establecerse un catálogo de sanciones aplicables a los negocios onerosos que tengan por objeto la disposición de órganos humanos.

Deberá señalar la nueva legislación los sujetos autorizados para permitir el retiro de órganos o tejidos del cadáver.

Esta monografía, que contiene los puntos de vista del autor sobre la cuestión fundamental planteada en ella, presenta una visión integral, desde el punto de vista de los derechos de la personalidad, acerca de la naturaleza jurídica del poder de disposición de la persona, sobre los órganos de su cuerpo y de los límites que el Derecho objetivo impone por razones de la propia seguridad e integridad humana, en lo individual y en lo colectivo, a dicho poder de disposición. Además el profesor Kummerow señala que la cuestión de los trasplantes de órganos, desde el punto de vista jurídico, debe ser considerada a través del concepto de causa, entendida ésta como el motivo o fin que se proponen alcanzar las partes, por medio del acto jurídico que autoriza a una de ellas a separar los órganos del cuerpo del donante. Finalmente, de los actos válidos de disposición que realice una persona sobre los órganos de su propio cuerpo, o los deudos de una persona sobre los órganos del cadáver de ésta, quedan definitivamente excluidos, por considerarse ilícitos, todos los actos a título oneroso.

De la lectura de esta monografía se concluye que las repercusiones jurídicas de los trasplantes de órganos vitales (por ejemplo el corazón y los riñones), presentan características especiales que las distinguen de los problemas que hasta ahora se presentaron, por ejemplo, respecto del contrato de donación de sangre o de otros tejidos humanos susceptibles de reconstrucción orgánica.

Ignacio GALINDO GARFIAS
Profesor de la Facultad
de Derecho de la UNAM